

Leurquin, Verriest, Vandemput & Associés / Vennoten
Tél: +32 2 663 30 80 Fax: +32 2 663 30 81 – Avenue Tedesco, 7 – B-1160 Bruxelles – www.xirius.be

CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL
Att. Madame Lénaïg LE BERRE
Boulevard Bischoffsheim, 26
1000 BRUXELLES

Par courrier électronique uniquement

Le 29 septembre 2016

Chère Madame,

Concerne : CES - GT "LUTTE CONTRE LE DUMPING SOCIAL"
Mes réf. : 16000926/MV

Je reviens vers vous dans le cadre du dossier visé sous rubrique et fais suite à votre courrier électronique du 20 septembre 2016 pour lequel je vous remercie.

J'ai examiné le projet de recommandation que vous m'avez transmis et souhaite vous faire part des observations suivantes.

* * * *

Ce message et ses annexes sont confidentiels et envoyés à l'attention exclusive de leur destinataire. Si vous n'êtes pas ce destinataire ou une personne préposée à la remise de ce message à celui-ci, il vous est interdit de le divulguer, de le reproduire, de le remettre à qui que ce soit, ou d'en faire un usage quelconque. Si ce message vous est parvenu par erreur, ayez l'obligeance de nous en avvertir immédiatement par téléphone et de nous renvoyer l'original par courrier. Si les copies annoncées n'étaient pas lisibles ou transmises, merci de nous faire savoir immédiatement par télécopie ou par téléphone.

TABLE DES MATIERES

A.	LA QUESTION DE LA CRÉATION D'UN RÉPERTOIRE D'ENTREPRISES BRUXELLOISES	
	3	
B.	LA QUESTION DE LA CRÉATION D'UN DISPOSITIF DE PARTAGE DES CERTIFICATS DE BONNE EXÉCUTION	5
1)	Le secret des affaires	6
2)	Les causes d'exclusion de l'accès à un marché public.....	9
a)	L'exclusion des opérateurs économiques en cas de « mauvaise exécution » dans le cadre de marchés publics antérieurs.....	9
b)	L'exclusion des opérateurs économiques en cas de non-respect du droit environnemental, social et du travail	13
C.	LA QUESTION DE LA CENTRALISATION ET DU PARTAGE DES CERTIFICATS DE BONNE EXÉCUTION AU SEIN DE L'OBSERVATOIRE DES PRIX DE RÉFÉRENCE DES MARCHÉS PUBLICS	14
D.	LA TRANSPARENCE DANS L'ACTION ADMINISTRATIVE.....	15
1)	Le droit constitutionnel d'accès aux documents administratifs	15
a)	Généralités	15
b)	La notion de « document administratif ».....	16
c)	La notion d' « autorité administrative »	16
d)	le contenu du droit d'accès	17
2)	L'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 30 mars 1995 relative à la publicité de l'administration	18
3)	La transparence dans la passation des marchés publics	18
4)	Application au cas d'espèce	19
E.	ANALYSE DE LA RECOMMANDATION DE LA RÉGION DE BRUXELLES-CAPITALE ..	20

A. LA QUESTION DE LA CRÉATION D'UN RÉPERTOIRE D'ENTREPRISES BRUXELLOISES

1.

La création d'un répertoire d'entreprises intéressées par des marchés spécifiques ne pose, à mon sens, aucun problème à condition que son accès **soit ouvert à toutes les entreprises** – et donc, sans limiter cet accès aux seules entreprises bruxelloises – de manière à éviter une distorsion de concurrence.

Il doit également inclure toute entreprise, sur demande de celle-ci, **intéressée par des marchés spécifiques sans limiter l'accès aux seules entreprises qui attestent qu'elles disposent d'une capacité technique suffisante.**

2.

A supposer que la Région de Bruxelles-Capitale décide, malgré tout, de mettre sur pied un répertoire **réservé aux seules entreprises bruxelloises**, une autre possibilité qui pourrait être envisagée consisterait à avertir les pouvoirs adjudicateurs, préalablement à la consultation dudit répertoire, que les informations qui y sont contenues **ne les dispensent pas de respecter les principes de concurrence, d'égalité de traitement et de transparence.** Cette solution me semble toutefois **plus risquée.**

En effet, une telle base de données pourrait conduire certains pouvoirs adjudicateurs à ne consulter, dans le cadre de la passation de procédures négociées sans publicité, que les entreprises qui y seraient répertoriées – et donc, par voie de conséquence, que les entreprises qui seraient établies dans la Région de Bruxelles-Capitale.

Partant, les opérateurs économiques établis dans un autre Etat membre ou dans une autre région seraient manifestement désavantagés en ce qu'ils se verraient dépourvus de toute chance d'être consultés et donc de se voir attribuer le marché.

Sur base de ce constat et à condition de pouvoir en apporter la preuve, un soumissionnaire qui aurait été évincé ou qui n'aurait pas été consulté pourrait soulever la méconnaissance des principes de concurrence, d'égalité de traitement et de non-discrimination à l'appui d'un recours en annulation ou en suspension d'extrême urgence devant le Conseil d'Etat.

3.

En toute hypothèse, rien ne s'oppose à ce que ce répertoire prenne la forme d'un **site internet.**

L'accès à ce site internet pourrait être **réservé aux seuls pouvoirs adjudicateurs bruxellois** ou, au contraire, être **ouvert à tous.**

4.

La consultation de ce répertoire doit rester **facultative**. Il ne peut, en effet, être question d'obliger les pouvoirs adjudicateurs à y recourir au risque de méconnaître les principes de concurrence, d'égalité de traitement et de transparence.

5.

Cette base de données pourrait être mise en place **en coordination** avec les organisations représentatives des employeurs et des travailleurs par le biais du Conseil Economique et Social de la Région de Bruxelles-Capitale de sorte qu'elle bénéficierait d'une **publicité plus étendue dans cette région**.

6.

La création de ce répertoire doit, selon moi, être **contrôlée** par la Région de Bruxelles-Capitale qui doit veiller au respect de la réglementation relative aux marchés publics.

La mise en place de ce répertoire ne peut dès lors être confiée – en totalité – à un acteur privé.

7.

A supposer que la Région de Bruxelles-Capitale décide malgré tout de confier la création et la gestion de ce répertoire à un acteur privé, celui-ci ne pourrait être conçu que comme un **outil d'aide à la prospection** qui aurait pour but de permettre aux pouvoirs adjudicateurs de se renseigner sur les **opérateurs économiques bruxellois intéressés par des marchés spécifiques**.

Dans cette hypothèse, rien ne s'oppose, à mon sens, à ce que cet outil d'aide à la prospection ait pour objet de répertorier les **seules entreprises bruxelloises** à condition toutefois que son utilisation reste **facultative** pour les pouvoirs adjudicateurs.

Soulignons enfin que cet outil d'aide à la prospection ne pourrait être combiné à un système de partage des certificats de bonne exécution – qui dépasse le cadre de la simple prospection du marché.

Les deux mécanismes devraient dès lors être envisagés de façon distincte :

- Un répertoire d'entreprises bruxelloises dont la création serait confiée à un acteur privé, d'une part ;
- Un dispositif de partage de certificat de bonne exécution qui relèverait de la responsabilité de la Région de Bruxelles-Capitale, d'autre part.

B. LA QUESTION DE LA CRÉATION D'UN DISPOSITIF DE PARTAGE DES CERTIFICATS DE BONNE EXÉCUTION

8.

L'on peut également envisager de combiner le répertoire d'entreprises (ouvert à toutes entreprises intéressées) susvisé à un dispositif de partage des certificats de bonne exécution.

A cet égard, deux options peuvent être envisagées par la Région de Bruxelles-Capitale :

- L'on pourrait tout d'abord envisager de mettre en place un **seul dispositif**, sous la forme, par exemple, d'un site internet. Dans cette hypothèse, les certificats de bonne exécution seraient joints au répertoire d'entreprises.
- L'on pourrait également envisager de créer **deux dispositifs distincts**, à savoir un répertoire d'entreprises, d'une part, et un dispositif de partage des certificats de bonne exécution, d'autre part (par exemple, par la création de deux sites internet distincts).

9.

En toute hypothèse, le dispositif doit être **ouvert** à toutes les entreprises, de manière à éviter une distorsion de concurrence.

Il doit également inclure toute entreprise, sur demande de celle-ci, **intéressée** par des marchés spécifiques sans limiter l'accès aux seules entreprises qui attestent qu'elles disposent d'une capacité technique suffisante.

A cet égard, il ne me semble pas possible de limiter l'accès à ce dispositif aux seules entreprises qui attestent qu'elles disposent d'une capacité technique suffisante, par exemple, par la production de certificats de bonne exécution.

A l'opposé, les pouvoirs adjudicateurs bruxellois qui consulteront le dispositif de partage des certificats de bonne exécution pourront choisir les opérateurs économiques à consulter dans le cadre de procédures négociées sans publicité en fonction des **informations à leur disposition** – et donc en fonction des certificats de bonne exécution des entreprises répertoriées.

10.

La consultation de ce dispositif doit rester **facultative**.

Il ne peut, en effet, être question d'obliger les pouvoirs adjudicateurs à y recourir au risque de méconnaître les principes de concurrence, d'égalité de traitement et de transparence.

11.

En toute hypothèse, rien ne s'oppose à ce que le dispositif de partage des certificats de bonne exécution prenne la forme d'un **site internet**.

L'accès à ce site pourrait être **réservé** aux seuls pouvoirs adjudicateurs bruxellois ou, au contraire, être **ouvert à tous**.

12.

Enfin, concernant le contenu des attestations de bonne exécution, rien ne s'oppose à ce qu'il soit imposé aux pouvoirs adjudicateurs qui délivrent ces attestations d'utiliser un **modèle spécifique** élaboré par la Région de Bruxelles-Capitale.

Toutefois, il faut veiller à ce que le modèle utilisé soit conforme à l'article 69 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 qui prévoit que les certificats de bonne exécution doivent – au minimum - indiquer le **montant, l'époque et le lieu d'exécution des travaux, fournitures et services et préciser s'ils ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin**.

Le modèle utilisé par la Région de Bruxelles-Capitale pourrait être plus précis encore dans ses exigences mais il convient d'éviter d'être trop exigeant et, partant, de réduire la concurrence sans proportion ou justification au regard du marché considéré.

13.

Par ailleurs, concernant les informations qui devront être renseignées par les pouvoirs adjudicateurs dans ce « formulaire-type », une attention particulière doit être réservée aux principes applicables au **secret des affaires** (1) ainsi qu'aux **causes d'exclusion** d'un opérateur économique de la procédure de passation d'un marché public (2).

1) Le secret des affaires

14.

En droit international, la protection du secret d'affaires est assurée notamment par la protection du droit au respect de la vie privée et familiale, l'article 287 du Traité CE et la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne. De nombreux règlements européens sectoriels prévoient également une telle protection (Voy., par exemple, Règlement 1/200/CE du 16 décembre 2002 du conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité de Rome). Il en est de même au niveau des directives et, notamment, des directives cadres relatives aux marchés publics (Voy., par exemple, les art. 6 et 41, § 3, de la directive 2004/18 CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services).

Soulignons que la Cour européenne des droits de l'homme a décidé que le droit au respect du secret d'affaires doit être rattaché au respect du droit à la vie privée et familiale. Une entreprise, comme une personne physique, a droit au respect de sa vie privée qui consiste dans la préservation du cœur de son activité commerciale et industrielle face à ses concurrents (C.E.D.H, du 16 décembre 1992 *NIEMETZ C. ALLEMAGNE*).

15.

En droit belge, la protection du secret des affaires est reprise directement ou indirectement dans de nombreuses législations et dans des secteurs très différents, comme la transparence administrative, la protection de la concurrence économique ou encore la législation relative aux marchés publics.

16.

L'article 11 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services interdit au pouvoir adjudicateur et à toute personne qui, en raison de ses fonctions ou des missions qui lui ont été confiées, a connaissance de renseignements confidentiels relatifs à un marché ou qui ont trait à la passation et à l'exécution du marché, communiqués par les candidats ou les soumissionnaires, de divulguer ces renseignements. Ces renseignements concernent notamment les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres.

L'article 18 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics interdit, quant à lui, à l'adjudicataire et au pouvoir adjudicateur de divulguer des informations, notamment des inventions, des dessins, des modèles ou des méthodes qui se rapportent à l'objet du marché.

17.

L'article 11 de la loi du 15 juin 2006 vise trois domaines de protection :

- les secrets techniques ;
- les secrets commerciaux ;
- les autres aspects confidentiels des offres (catégorie résiduaire).

18.

Au titre des secrets techniques, un arrêt de la Cour de cassation du 27 septembre 1943 énonce que le secret de fabrication est « *un fait technique qui, contribuant à la réalisation des opérations mises en œuvre dans une fabrique pour obtenir un produit déterminé est de nature à procurer au fabricant des avantages techniques et à lui assurer sur les concurrents une supériorité d'une nature telle qu'il y a pour lui un*

avantage économique à ce qu'il ne soit pas connu de ses concurrents » (Cass., 27 septembre 1943, Pas., 1943, p. 358).

19.

Le rapport au roi précise, à propos de l'article 18 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, que « *le savoir-faire (know how), la méthode ou les secrets de fabrication sont toutes des créations industrielles qui, indépendamment de leur brevetabilité, contiennent des informations techniques, scientifiques ou industrielles intéressantes, qui sont de nature confidentielle et qui sont disponibles pour une exploitation commerciale ou industrielle. Le savoir-faire et la méthode continuent d'exister aussi longtemps que les connaissances qu'ils contiennent ne sont pas disponibles pour les tiers* » (Voy. C.E., no 218.184 du 23 février 2012, *n.v. Traffic Services* ; C.E., no 211.549 du 25 février 2011, *n.v. Labo Van Vooren* ; C.E., no 215.468 du 29 septembre 2011, *n.v. Bedimmo* ; C.E., no 218.926 du 17 avril 2011, *s.a. Venturis*). Tout ce qui relève du secret technique bénéficie du **secret absolu**.

20.

Au titre du **secret commercial**, sont visées toutes les informations commerciales, financières, tel le coût de fabrication d'un produit, l'analyse des coûts, les sources d'approvisionnement, les quantités produites, les participations au marché, les marges bénéficiaires, le coût du matériel ou du personnel, les clients et le réseau des distributeurs, les plans de marketing, la stratégie commerciale, ou la vision, les coûts ou la structure des prix, ou administratives sur l'entreprise, qui n'entrent pas dans la définition du secret technique. S'y ajoutent les plans d'action et les concepts à condition que ces éléments d'information jouent un rôle-clé pour le pouvoir adjudicateur.

21.

J.P. BUYLE définit le **secret des affaires** comme « *toutes informations ou connaissances de nature commerciale, financière ou administrative (voire technique dans l'hypothèse où il ne s'agit pas d'un secret de fabrication), ayant une valeur réelle pour l'entreprise qui les détient et qui, de ce fait, bénéficie d'une protection contre leur divulgation à tout tiers susceptible de nuire à ses intérêts. À ce titre, il peut s'agir de données relatives à la rentabilité, le chiffre d'affaires, la clientèle, les distributeurs, les pratiques commerciales, les coûts, les prix, les parts de marché, les méthodes d'évaluation des coûts de fabrication, la stratégie commerciale, l'organisation interne de l'entreprise* » (J.P. BUYLE, « Le secret des affaires : du droit à l'intimité au secret professionnel », in *Liber amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 122 ; égal. J. Mosselmans, « De motivering van de gunningsbeslissing en het zakengeheim : un mariage parfait? », *C.D.P.K.*, 2014, pp. 45 et s).

22.

Au titre des **autres aspects confidentiels des offres**, il est possible de retenir les informations relatives à la **situation** des opérateurs économiques, comme une restructuration ou une reprise de l'entreprise. Cette catégorie résiduaire doit s'interpréter de manière restrictive et ponctuelle.

23.

Au vu des éléments qui précèdent, il convient d'être particulièrement prudent lors de l'élaboration d'un « formulaire-type » d'attestation de bonne exécution dès lors que les pouvoirs adjudicateurs sont tenus au **respect du secret des affaires** à tous les stades de la procédure de passation d'un marché public, en ce compris lors de la délivrance des certificats de bonne exécution.

2) Les causes d'exclusion de l'accès à un marché public

24.

La Région de Bruxelles-Capitale s'interroge également sur la possibilité de joindre à ce répertoire d'entreprises « *les « warnings » enclenchés par des pouvoirs adjudicateurs constatant des carences dans l'exécution des marchés, ou l'existence de risques de dumping voire de fraude sociale* ».

Cette question doit être analysée au regard des hypothèses dans lesquelles un opérateur économique peut être exclu de l'accès à un marché public pour des raisons liées à la « mauvaise » exécution de marchés antérieurs (a) ou au non-respect de la législation sociale (b).

a) L'exclusion des opérateurs économiques en cas de « mauvaise exécution » dans le cadre de marchés publics antérieurs

25.

L'article 61, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 énumère les hypothèses dans lesquelles un candidat ou un soumissionnaire **peut être exclu** de l'accès à un marché public.

Il résulte notamment de la disposition précitée qu'un soumissionnaire peut être exclu de l'accès au marché, à quelque stade que ce soit de la procédure, s'il a commis une **faute professionnelle grave**.

La Cour de Justice de l'Union européenne a eu l'occasion de préciser la notion de faute grave en matière professionnelle dans un arrêt du 13 décembre 2012. Selon la Cour de Justice, la notion de faute en matière professionnelle couvre ainsi « **tout comportement fautif qui a une incidence sur la crédibilité professionnelle** » (C.J.C.E, C-465/11, 13 décembre 2012, *FORPOSTA*, pt 27 et s.).

26.

L'inobservation par un opérateur économique **de ses obligations contractuelles** dans le cadre d'un marché antérieur peut donc, en principe, être considérée comme une faute commise en matière professionnelle (A. DELVAUX, C. DEWOLF, B. VAN LIERDE, A. VERHEGGEN, B. DE COQEAU, R. SIMAR, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, Tome 2 – AR 14 janvier 2013, Bruxelles, Confédération Construction, 2016, p.1178).

Néanmoins, la notion de « faute grave » doit être comprise comme se référant normalement à un comportement de l'opérateur économique en cause qui dénote une intention fautive ou une négligence d'une **certaine gravité** de sa part (A. DELVAUX, C. DEWOLF, B. VAN LIERDE, A. VERHEGGEN, B. DE COQEAU, R. SIMAR, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, Tome 2 – AR 14 janvier 2013, Bruxelles, Confédération Construction, 2016, p.1178).

En outre, la constatation de l'existence d'une faute grave nécessite, en principe, que soit effectuée une appréciation concrète et individualisée de l'attitude de l'opérateur économique concerné.

27.

Les manquements au cours d'un marché antérieur doivent être pris en considération **avec circonspection** par le pouvoir adjudicateur. Il doit en effet être en mesure d'établir que les marchés considérés **ne sont pas trop éloignés dans le temps et portent sur des objets similaires et que les manquements ont une importance majeure**, ce qui implique, en principe, l'établissement de procès-verbaux de manquement (P.THIEL, *Memento des marchés publics et des PPP 2013*, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 286).

28.

Dans trois arrêts du 25 février 2014, le Conseil d'Etat a considéré que le pouvoir adjudicateur pouvait valablement conclure à l'existence d'une faute grave en matière professionnelle :

- en se fondant sur de **nombreux procès-verbaux de manquement** dressés dans le cadre d'un **marché précédent portant sur des travaux similaires**, constatant non seulement de multiples retards d'exécution mais également d'autres manquements, tels que la non-évacuation de déchets et le déversement illégal, l'interruption sans avertissement et la non-reprise des travaux, l'absence de signalisation de chantier, etc.;
- même si les manquements ainsi constatés n'auraient, selon l'entrepreneur concerné, pas conduit à des conséquences « graves » et n'auraient pas abouti à l'adoption d'une mesure d'office de marché pour compte;
- sans que le pouvoir adjudicateur doive, en outre, justifier de l'introduction d'une plainte devant la Commission d'agrégation, ceci ne constituant pas une condition d'application de la cause d'exclusion;

- et sans qu'il faille démontrer une reconnaissance de la faute commise par l'entrepreneur, dès lors que ses éventuelles réponses aux procès-verbaux de manquement n'annihilent pas le constat de faute établi par ceux-ci (C.E., n°226.542, 226.544 et 226.545 du 25 février 2014, *n.v. Audebo*).

29.

On relèvera que la Directive 2014/24/UE ajoute une clause d'exclusion spécifique à la **mauvaise exécution de marchés publics antérieurs**, par son article 57, 4, g), libellé en ces termes:

*« Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure ou être obligés par les États membres à exclure tout opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché dans l'un des cas suivants: (...) g) **des défaillances importantes ou persistantes** de l'opérateur économique ont été constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché public antérieur, d'un marché antérieur passé avec une entité adjudicatrice ou d'une concession antérieure, lorsque ces défaillances ont donné lieu à la résiliation dudit marché ou de la concession, à des dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable ».*

30.

L'article 69, alinéa 1^{er}, 7°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics transpose cette disposition de la façon suivante :

*« Le pouvoir adjudicateur peut exclure, à quelque stade de la procédure de passation, de la participation à une procédure, un candidat ou un soumissionnaire dans les cas suivants (...) : lorsque des **défaillances importantes ou persistantes** du candidat ou du soumissionnaire ont été constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché public antérieur, d'un marché antérieur passé avec un adjudicateur ou d'une concession antérieure, lorsque ces défaillances ont donné lieu à des **mesures d'office, des dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable** ».*

Cette disposition traite des défaillances dans le chef du candidat ou du soumissionnaire dans le cadre de l'exécution de marchés publics ou de concessions antérieurs. De telles défaillances antérieures ne peuvent entraîner l'exclusion que s'il s'agit de défaillances importantes ou persistantes. Par ailleurs, la défaillance doit avoir donné lieu à des mesures d'office ou à une autre sanction comparable (C. DE KONINCK, « Article 69 – Motifs d'exclusion facultatifs – Loi 17 juin 2016 – Marchés publics », *Mercatus*).

Ce motif d'exclusion est **nouveau** par rapport au régime antérieur.

Il permet d'écarter un opérateur économique n'ayant pas respecté une obligation essentielle, qui lui incombait dans le cadre d'un marché antérieur ou d'une

concession antérieure, et à l'encontre de qui des mesures d'office, des dommages et intérêts ou toute sanction comparable ont été prononcés. Cela signifie qu'un simple procès-verbal de manquement ne suffit pas.

31.

Cette mesure nouvelle est susceptible de contribuer indirectement à la **lutte contre le dumping social** dès lors que les défaillances constatées dans le chef d'une entreprise dans le cadre d'un marché public antérieur constituent un nouveau motif d'exclusion (C. DE KONINCK, « Article 69 – Motifs d'exclusion facultatifs – Loi 17 juin 2016 – Marchés publics », *Mercatus*).

32.

Il ressort de ce qui précède que, dès l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2016, un opérateur économique pourra être exclu de l'accès à un marché public lorsque des défaillances importantes ou persistantes auront été constatées lors de l'exécution d'un marché public antérieur à condition toutefois que la défaillance ait donné lieu à des mesures d'office ou à une autre sanction comparable¹.

Si les procès-verbaux de manquements ne seront pas suffisants, ils constituent sans conteste un **élément essentiel**.

33.

En l'espèce, l'on peut donc considérer que le partage des procès-verbaux de manquement ou de toutes autres informations relatives à la « mauvaise » exécution de marchés publics antérieurs, dans le cadre du dispositif que la Région de Bruxelles-Capitale souhaite mettre en place, entre dans le champ d'application de l'article 69, alinéa 1^{er}, 7°, de la loi du 17 juin 2016 dès lors que l'objectif poursuivi est de porter à la connaissance des pouvoirs adjudicateurs bruxellois les défaillances constatées lors de l'exécution de marchés publics antérieurs.

Par conséquent, la centralisation et le partage d'informations relatives à la « mauvaise » exécution de marchés publics antérieurs dans le cadre du dispositif que la Région de Bruxelles-Capitale souhaite mettre en place ne me semble pas poser de problème.

Il convient toutefois de rappeler aux pouvoirs adjudicateurs bruxellois, préalablement à la consultation de cette base de données, qu'un opérateur économique ne peut être exclu de l'accès à un marché public qu'à la condition que les défaillances ainsi constatées soient persistances ou importantes et aient donné

¹ Dans l'attente de l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2016, un opérateur économique peut être exclu de la procédure de passation d'un marché public sur la base des informations dont dispose le pouvoir adjudicateur quant à la mauvaise exécution de précédents marchés publics à condition toutefois de pouvoir apporter la preuve que ces manquements permettent de conclure à l'existence d'une faute grave en matière professionnelle au sens de l'article 61, § 2, 4°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

lieu à l'imposition de sanction conformément à l'article 69, alinéa 1^{er}, 7°, de la loi du 17 juin 2016.

34.

Par ailleurs, il y aura également lieu de tenir compte de l'article 70 de la loi du 17 juin 2016 qui énonce que « *tout candidat ou soumissionnaire qui se trouve dans l'une des situations visées aux articles 67 ou 69 peut fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent. Si ces preuves sont jugées suffisantes par le pouvoir adjudicateur, le candidat ou le soumissionnaire concerné n'est pas exclu de la procédure de passation.*

A cette fin, le candidat ou le soumissionnaire prouve d'initiative qu'il a versé ou entrepris de verser une indemnité en réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et pris des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel propres à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute. Tout opérateur économique qui se trouve dans l'une des situations visées aux paragraphes 1 et 4 peut fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent. Si ces preuves sont jugées suffisantes, l'opérateur économique concerné n'est pas exclu de la procédure de passation de marché ».

Chaque opérateur économique répertorié dans la base de données de la Région de Bruxelles-Capitale devra, par conséquent, avoir la possibilité de fournir des preuves de sa fiabilité conformément au prescrit de l'article 70 de la loi du 17 juin 2016. Ces informations devront également être publiées dans cette base de données.

b) L'exclusion des opérateurs économiques en cas de non-respect du droit environnemental, social et du travail

35.

La Directive 2014/24/UE ajoute une clause d'exclusion spécifique relative au non-respect du droit environnemental, social et du travail, par son article 57, 4, a).

L'article 69, alinéa 1^{er}, 1°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics transpose cette disposition de la façon suivante :

« Le pouvoir adjudicateur peut exclure, à quelque stade de la procédure de passation, de la participation à une procédure, un candidat ou un soumissionnaire dans les cas suivants (...) : lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer, par tout moyen approprié, que le candidat ou le soumissionnaire a manqué aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail, visées à l'article 7 ».

36.

Ce motif d'exclusion facultative permettra aux pouvoirs adjudicateurs d'exclure un opérateur économique de l'accès à certains marchés publics, lorsqu'ils peuvent démontrer que l'entreprise concernée a violé le droit environnemental, social ou du travail (C. DE KONINCK, « Article 69 – Motifs d'exclusion facultatifs – Loi 17 juin 2016 – Marchés publics », *Mercatus*).

37.

En l'espèce, l'on peut donc considérer que le partage d'informations relatives au non-respect de la législation sociale ou environnementale, dans le cadre du dispositif que la Région de Bruxelles-Capitale souhaite mettre en place, entre dans le champ d'application de l'article 69, alinéa 1^{er}, 1^o, de la loi du 17 juin 2016.

Par conséquent, la centralisation et le partage d'informations relatives au non-respect du droit environnemental, social ou du travail lors de l'exécution de marchés publics antérieurs ne me semble pas davantage poser de problème.

Il y aura toutefois également lieu de tenir compte de l'article 70 de la loi du 17 juin 2016 précité et de veiller à permettre à chaque opérateur économique répertorié dans la base de données d'apporter des preuves de sa fiabilité. Ces informations devront également être publiées dans cette base de données.

C. LA QUESTION DE LA CENTRALISATION ET DU PARTAGE DES CERTIFICATS DE BONNE EXÉCUTION AU SEIN DE L'OBSERVATOIRE DES PRIX DE RÉFÉRENCE DES MARCHÉS PUBLICS

38.

Enfin, les certificats de bonne exécution peuvent être centralisés au sein de l'Observatoire des prix de référence des marchés publics et être partagés à la demande des pouvoirs adjudicateurs.

39.

Il convient toutefois de rappeler qu'un tel système ne peut être conçu de façon à centraliser les certificats des seuls soumissionnaires bruxellois sans méconnaître les principes de concurrence, d'égalité de traitement et de transparence.

Le système de centralisation doit dès lors être **ouvert** à toutes les entreprises, de manière à éviter une distorsion de concurrence. Il doit également inclure toute entreprise, sur demande de celle-ci, **intéressée** par des marchés spécifiques sans limiter l'accès aux seules entreprises qui attestent qu'elles disposent d'une capacité technique suffisante.

D. LA TRANSPARENCE DANS L'ACTION ADMINISTRATIVE

40.

Dans le cadre de la création de la base de données d'entreprises et du dispositif de partage des certificats de bonne exécution, différentes informations et documents propres aux opérateurs économiques répertoriés seront susceptibles d'être centralisés et partagés par la Région de Bruxelles-Capitale.

Il s'agit notamment des données d'identification de ces entreprises (dénomination, siège social, principal établissement, etc.), des certificats de bonne exécution et des procès-verbaux de manquement.

Une attention particulière doit dès lors être réservée à l'obligation de transparence et, plus particulièrement, au droit d'accès aux documents administratifs.

1) Le droit constitutionnel d'accès aux documents administratifs

a) Généralités

41.

Le droit d'accès aux documents administratifs, modalité particulière de la transparence, est un **droit fondamental** consacré par l'article 32 de la Constitution.

La disposition précitée énonce que:

« Chacun a le droit de consulter chaque document administratif et de s'en faire remettre copie, sauf dans les cas et conditions fixées par la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 ».

Le Conseil d'Etat a décidé que l'usage du terme « chacun » *« indique que ce droit s'applique à tous, personnes physiques ou personnes morales »* (C.E., n° 62.547, 14 octobre 1996, S.A. ELECTRIFICATION DU RAIL ET DUCHÊNE C/ ETAT BELGE).

42.

L'article 32 de la Constitution a été précisé par **diverses normes à valeur législative** adoptées par l'Etat fédéral et les entités fédérées (Voy. en ce sens la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, le décret de la Communauté française du 22 décembre 1994 relatif à la publicité de l'administration, l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 30 mars 1995 relative à la publicité de

l'administration, le décret de la Région wallonne du 30 mars 1995 relatif à la publicité de l'administration, etc.)

b) La notion de « document administratif »

43.

L'article 32 de la Constitution ne donne aucune définition de la notion de « document administratif ».

Les travaux préparatoires contiennent toutefois des indications déterminantes sur la portée du terme.

Dans la note explicative jointe au projet visant à l'insertion de cet article, le Gouvernement a ainsi donné une **définition très large** à la notion de « document administratif ». Elle couvre « **toute information, sous quelque forme que ce soit, dont les autorités disposent [...] toutes les informations disponibles, quel que soit le support : documents écrits, enregistrements sonores et visuels y compris les données reprises dans le traitement automatisé de l'information. Les rapports, les études, même de commissions consultatives non officielles, certains comptes rendus et procès-verbaux, les statistiques, les directives administratives, les circulaires, les contrats et licences, les registres d'enquête publique, les cahiers d'examen, les films, les photos dont dispose une autorité** » (Doc. parl., Ch. Repr., 1992-1993, n° 839/1, p. 5).

44.

Les lois, décrets et ordonnances relatifs à la transparence administrative ont reproduit la **définition large** du document administratif adoptée par le Constituant : il s'agit de **toute information disponible, quel que soit le support** (P. LEWALLE, L. DONNAY, G. ROSOUX, « L'accès aux documents administratifs, un itinéraire sinueux », in *L'accès aux documents administratifs*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p 63).

45.

Aucune distinction n'est opérée entre les documents rédigés antérieurement à la prise de décision et ceux qui se rapportent à la décision même. Sont par conséquent visés tant les actes administratifs que les documents préparatoires à la décision (Doc. parl., Ch. Repr., 1992-1993, n° 839/1, p. 5).

c) La notion d' « autorité administrative »

46.

La détermination de « l'autorité administrative compétente » n'est pas davantage précisée par l'article 32 de la Constitution (P. LEWALLE, L. DONNAY, G. ROSOUX,

« L'accès aux documents administratifs, un itinéraire sinueux », in *L'accès aux documents administratifs*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 64).

Néanmoins, les législateurs ont majoritairement choisi de se référer à la **notion d'autorité administrative**, au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973 (P. LEWALLE, L. DONNAY, G. ROSOUX, « L'accès aux documents administratifs, un itinéraire sinueux », in *L'accès aux documents administratifs*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 65).

d) le contenu du droit d'accès

47.

L'article 32 de la Constitution confère un **droit subjectif d'accès aux documents administratifs** dont les autorités **disposent**.

La disposition implique que la consultation et la copie de documents administratifs soient libres, ce qui ne signifie pas cependant qu'ils soient gratuits.

La disposition précitée n'impose pas d'obligation de communication générale, mais suppose un **acte d'un citoyen** qui souhaite accéder à davantage de connaissance (P. LEWALLE, L. DONNAY, G. ROSOUX, « L'accès aux documents administratifs, un itinéraire sinueux », in *L'accès aux documents administratifs*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 64).

Le Conseil d'Etat rappelle, en ce sens, qu'un des effets utiles de l'article 32 « *est de permettre aux personnes qui envisagent d'introduire une action en justice de pouvoir prendre connaissance du dossier avant de saisir la juridiction, et de n'introduire l'action qu'en connaissance de cause* » (C.E., n° 62.547, 14 octobre 1996, S.A. *ELECTRIFICATION DU RAIL ET DUCHÊNE C/ ETAT BELGE*).

48.

Par ailleurs, le droit constitutionnel d'accès aux documents administratifs a pour corollaire un **devoir de renseignement** de l'administration, afin d'aider le citoyen dans la compréhension du dossier qu'il consulte (P. LEWALLE, L. DONNAY, G. ROSOUX, « L'accès aux documents administratifs, un itinéraire sinueux », in *L'accès aux documents administratifs*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 64).

49.

Soulignons enfin que si le droit d'accès aux documents administratifs est un droit fondamental aux yeux du Constituant, il n'est pas, pour autant, un droit absolu puisque le législateur peut le **restreindre ou l'assortir de conditions**.

L'on peut citer, à titre d'exemple, le droit au respect du **secret des affaires** qui est susceptible de limiter le droit d'accès à certains documents. La Cour constitutionnelle a ainsi estimé que les secrets d'affaires détenus par une personne – **physique ou morale** – étaient couverts par l'article 22 de la Constitution. En principe, l'autorité qui

détient de telles informations ne peut donc les divulguer (il est renvoyé, à ce sujet, aux points 14 et suivants).

2) L'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 30 mars 1995 relative à la publicité de l'administration

50.

En vertu de l'article 8 de l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 30 mars 1995 relative à la publicité de l'administration, « *chacun peut, selon les conditions prévues par la présente ordonnance, prendre connaissance sur place de tout document administratif émanant d'une autorité administrative régionale, obtenir des explications à son sujet et en recevoir communication sous forme de copie* ».

51.

L'ordonnance du 30 mars 1995 s'applique aux **autorités administratives** dépendant de la Région de Bruxelles-Capitale lesquelles sont également définies par référence à l'article 14, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973 (Ordonnance du 30 mars 1995, art. 3, 1^o).

52.

Par ailleurs, l'article 3, 2^o de l'ordonnance définit les documents administratifs comme « *toute information, sous quelque forme que ce soit, dont une autorité administrative dispose* ».

A titre d'exemple, ont été considérés comme des « documents administratifs », le dossier ouvert au service des personnes de confiance suite à la plainte pour harcèlement sexuel déposée par l'intéressée, un arrêté de nomination, la copie d'un devis et d'une facture émanant de la société demanderesse et transmise par un administré à l'autorité dans le cadre d'une demande de prime à la rénovation, une étude juridique commandée à des experts ainsi que des rapports établis par l'unité d'audit interne d'une administration (CADA, avis n° 14/2001 du 26 juillet 2001 ; CADA, avis n° 15/2002 du 27 septembre 2002 ; CADA, avis n° 17/2004 du 12 février 2004 ; CADA, avis n° 28/2007 du 22 février 2007 ; CADA, avis n° 19/2004 du 22 décembre 2004 ; CADA, avis n° 20/2005 du 25 mars 2005).

3) La transparence dans la passation des marchés publics

53.

En vertu de la jurisprudence de la Cour de justice, la transparence s'applique à **tous les stades de la procédure de passation d'un marché public** (A.L DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire : analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 381-382).

54.

Le droit dérivé a consacré cette obligation de transparence notamment au travers, d'une part, de l'obligation de publier des avis de marché pour informer les opérateurs économiques de la passation et des méthodes de sélection des entreprises et de comparaison des offres, d'autre part, du contenu des documents du marché, et, enfin, d'informations communiquées aux participants sur les résultats des procédures de passation (A.L DURVIAUX, « Le droit d'accès aux documents administratifs et les marchés publics » in *L'accès aux documents administratifs*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 726).

En droit belge, l'information des participants a évolué depuis l'adoption de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux de fournitures et de services et de ses arrêtés d'exécution. La transparence du processus de la passation des marchés vise, en outre, des éléments plus précis qu'en droit dérivé (Voy. à ce sujet les dispositions qui régissent les opérations matérielles de comparaison des offres).

55.

Certains renseignements peuvent ne pas être communiqués lorsque leur divulgation fait obstacle à l'application d'une loi, serait contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre entreprises (il est renvoyé, à ce sujet, aux points 14 et suivants relatifs au secret des affaires).

4) Application au cas d'espèce

56.

En l'espèce, diverses informations et documents propres aux opérateurs économiques répertoriés seront centralisés et partagés par la Région de Bruxelles-Capitale dans le cadre de la mise en place du répertoire d'entreprises et du dispositif de partage des certificats de bonne exécution.

Dès lors que ces documents sont en possession d'une autorité administrative, au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, et sont constitutifs de « documents administratifs », force est de constater qu'un droit subjectif d'accès à ces documents existe dans le chef des opérateurs économiques répertoriés.

En conséquence, une entreprise répertoriée pourrait faire valoir son droit d'accès à l'égard de la Région de Bruxelles-Capitale afin de pouvoir consulter son dossier – et les différents documents administratifs qui y sont joints – sur la base de l'article 32 de la Constitution et de l'article 8 de l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 30 mars 1995 relative à la publicité de l'administration.

E. ANALYSE DE LA RECOMMANDATION DE LA RÉGION DE BRUXELLES-CAPITALE

57.

« Il est recommandé la mise en place d'un service aux pouvoirs adjudicateurs bruxellois et aux entreprises actives à Bruxelles destiné à assurer une meilleure connaissance des opérateurs économiques actifs à Bruxelles et intéressés par des marchés spécifiques.

Ce dernier sera institué au sein du Conseil Economique et Social, adossé à l'Observatoire des prix.

L'objectif de ce service est :

- *d'élargir le nombre de marchés publics accessibles aux entreprises en assurant une connaissance plus dynamique des commanditaires et des entreprises quant aux marchés, notamment passés sans publicité.*
- *d'assurer les pouvoirs adjudicateurs en recherche de prestataires dans le cadre de ces procédures de la qualité des prestations des soumissionnaires qui sont susceptibles d'être sollicités par une application étendue et qualitative des attestations de bonne exécution délivrées par d'autres PA bruxellois.*

Le service prendra la forme d'une plateforme internet dont l'accès sera en partie public et en partie réservé aux pouvoirs adjudicateurs.

L'utilisation de la plateforme est facultative. Il s'agit d'un service offert aux PA et aux entreprises.

L'attention des pouvoirs adjudicateurs bruxellois est attirée sur le fait que la création de cette plateforme ne les dispense pas de respecter les principes de concurrence, d'égalité de traitement et de transparence. Il est conseillé aux pouvoirs adjudicateurs de ne pas limiter leur(s) choix d'opérateurs économiques à consulter – dans le cadre de procédures négociées sans publicité – aux entreprises qui seront répertoriées dans cette base de données.

Toutes les entreprises actives à Bruxelles sont susceptibles d'adhérer au dispositif.

Les informations qui y seront rendues disponibles consisteront en :

- *Pour la partie publique :*
 - *Une liste des entreprises classées par type de prestations qu'elles effectuent ou souhaitent effectuer au service de pouvoirs adjudicateurs bruxellois.*

- *Une liste des pouvoirs adjudicateurs bruxellois et les types de marchés qu'ils passent (notamment) en procédures sans publicité et pour lesquels ils se mettent régulièrement en recherche de soumissionnaires.*

NB : la plateforme n'a pas vocation à donner une publicité à chaque marché.

- Pour la partie privée, utilisable par les pouvoirs adjudicateurs, la liste des entreprises complétée des mentions utiles à déterminer :

- *Les marchés qu'elles ont effectués avec satisfaction du PA bruxellois (le cas échéant sur base d'une attestation ad hoc).*
- *Les caractéristiques spécifiques de l'entreprise utiles à déterminer leurs capacités et références (en ce compris avec des attestations de commanditaires privés).*
- *Les éléments qualitatifs « labellisés » auxquels répondent les entreprises (convention avec Actiris, charte de diversité, utilisation de produits écologiques,...).*
- *Les « warnings » enclenchés par des pouvoirs adjudicateurs constatant des carences dans l'exécution des marchés, ou l'existence de risques de dumping voire de fraude sociale.*

Les informations relatives à la « mauvaise » exécution de marchés antérieurs seront centralisées et partagées afin de renseigner les pouvoirs adjudicateurs bruxellois sur les défaillances (importances et persistantes) qui auraient été constatées dans le cadre de marchés antérieurs.

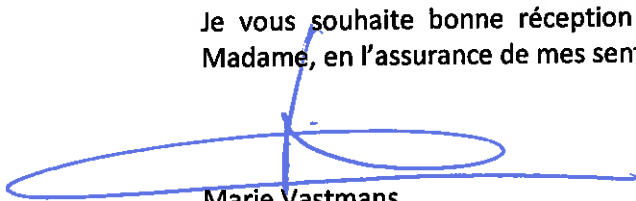
De la même manière, les informations relatives au non-respect de la législation sociale seront centralisées et partagées en vue de renseigner les pouvoirs adjudicateurs sur les infractions qui auraient été constatées dans le cadre de l'exécution de marchés antérieurs.

Enfin, il est recommandé qu'afin de rencontrer cette bonne pratique, des adaptations spécifiques des CSC des PA bruxellois soient envisagées, notamment pour faire face à d'éventuelles offres spontanées ».

*** * * ***

J'espère avoir répondu à vos questions et me tiens bien entendu à votre entière disposition pour toute information complémentaire que vous souhaiteriez obtenir.

Je vous souhaite bonne réception de la présente et vous prie de croire, Chère Madame, en l'assurance de mes sentiments distingués.

A handwritten signature in blue ink, consisting of a vertical line that loops into a large horizontal oval shape.

Marie Vastmans
(mv@xirius.be)